



Bjorge, E. (2017). La Cour Suprême du Royaume-Uni: une cour constitutionnelle digne de ce nom. *Revue française de droit administratif*, 213, 212-216.

Peer reviewed version

[Link to publication record in Explore Bristol Research](#)
PDF-document

This is the author accepted manuscript (AAM). The final published version (version of record) is available online via Dalloz at <http://www.editions-dalloz.fr/>. Please refer to any applicable terms of use of the publisher.

University of Bristol - Explore Bristol Research

General rights

This document is made available in accordance with publisher policies. Please cite only the published version using the reference above. Full terms of use are available:
<http://www.bristol.ac.uk/red/research-policy/pure/user-guides/ebr-terms/>

La Cour suprême britannique : cour constitutionnelle digne de ce nom

Eirik Bjorge (Université de Bristol)

Créée par la Constitutional Reform Act 2005, dont l'article 23, paragraphe 1, dispose de manière lapidaire qu'« il y aura une Cour suprême du Royaume Uni », et inaugurée en 2009, la Cour suprême britannique s'est développée, à travers d'une jurisprudence croissante, en une cour constitutionnelle méritant d'être appelée ainsi. Le caractère constitutionnel de cette haute juridiction, siégeant à peu près à l'équidistance des deux autres pouvoirs de la constitution non-écrite dont elle est de plus en plus le gardien, s'est accru à travers d'une jurisprudence qui, dans un premier tour (§1), effectue un contrôle prétorien des deux autres pouvoirs constitutionnels, et, dans un second tour (§2), montre une approche envers le droit européen qui mérite, elle aussi, d'être qualifiée de constitutionnelle.

§1 *Le contrôle du pouvoir de l'exécutif*

Si le contrôle qu'exerce le juge anglais avec l'exécutif a connu depuis la période après-guerre un développement important en droit anglais¹, il a aussi été les cas, comme il l'est souvent des droits publics en Europe, que là où croît l'évolution croît aussi la continuité².

i. Proportionnalité et common law

Bien que sa généalogie trouve parfois racine dans le droit allemand des années 1880,³ et plus particulièrement dans un arrêt *Kreuzberg* de la Cour suprême de Prusse⁴, ainsi que dans les écrits du juriste allemand Fleiner de 1912⁵, l'idée de la proportionnalité remonte en droit anglais jusqu'au XVII^e siècle. Comme l'a montré Paul Craig dans un travail récent, le juge anglais, parfois en s'appuyant sur des textes⁶, a appliqué pendant une longue période un

¹ Cette question est traitée de manière engageante par S. Sedley, *Lions under the Throne: Essays on the History of English Public Law*, Cambridge 2015.

² B. Stirn, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, 9^e éd, LGDJ 2016 : « l'histoire politique de la France peut se lire au travers des constitutions qu'elle a connues, essayant successivement les différentes formes d'organisations politiques, monarchie, empire, république. Davantage de stabilité se dégageait de l'armature administrative. »

³ B. Stirn, *Vers un droit public européen*, 2^e éd, LGDJ 2015, p. 93–94

⁴ *Entscheidungen des Preußischen Obergerverwaltungsgerichts*, tome IX, Heymann 1883, p. 364

⁵ F. Fleiner, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht*, J.C.B. Mohr 1912, p. 354.

⁶ Bedford Level Act 29 1756, Geo 2, c. 9; Turnpike Roads Act 1822, 3 Geo 4, c. 126; Excise Act 1670, 22 & 23 Cha 2, c. 5; Taxation Act 1701, 13 & 14 Will 3, c. 5; Shipwrecked Mariners Act 1721, 7 Geo 1, c. 17.

principe rudimentaire de proportionnalité⁷. L'idée, par exemple, que les charges devaient être distribuées proportionnellement entre les membres d'une communauté, fut désignée par le concept de « *proportionability* ». Cette proportionabilité « était un élément apparaissant dans beaucoup de réglementations économiques et sociales, et qui s'appliquait aussi aux lois lorsque leur objet étaient de mettre en place un pouvoir de police démesuré ».⁸ L'application par le juge du concept de proportionabilité en tant que principe de justice remonte au XVI^{ème} siècle avec les jurisprudences *Rooke*⁹ et *Hetley*¹⁰. Dans l'affaire *Hetley* Chief Justice Coke décidait que, si les Commissioners of Sewers avaient levé un impôt aux habitants d'un village, le juge pouvait en contrôler la proportionnalité : « *the commissioners of sewers cannot tax a whole township, but it ought to be done severally and proportionably to every inhabitant to himself* ».¹¹ Comme l'explique Paul Craig, le proportionnalité n'est pas identique au principe de proportionnalité au trois temps que nous appliquons de nos jours – l'adaptabilité, la nécessité et la proportionnalité *stricto sensu*. Néanmoins, il poursuit : « Il a cependant un lien entre l'ancien et le nouveau concept, dans la mesure où ils ont en commun cette idée que les obligations réglementaires ne doivent pas être démesurées, et doivent être objectivement justifiées. »¹²

C'est cette forte et longue tradition de la common law que la Cour suprême emploie aujourd'hui à travers le principe de proportionnalité. Elle le fait cependant dans des situations différentes dans lesquelles les sources du principe sont différentes et distinctes l'une envers l'autre ; néanmoins, la rémanence de la source du principe indique que le droit commun, dont la Cour suprême est le gardien, n'a cessé d'évoluer vers un principe général de proportionnalité en droit public anglais. Sous l'égide de la Cour suprême, le juge anglais, lorsqu'il est en application de la Convention européenne des droits de l'homme, appliquera le principe de manière aussi exigeante que la Cour européenne, en allant même parfois plus loin que la jurisprudence européenne. Ainsi, dans l'affaire *Quila*¹³ la Cour suprême a jugé disproportionnée, à l'aune de l'article 8 de la Convention européenne, une disposition législative qui, afin de lutter contre le mariage forcé, avait subordonnée l'entrée au

⁷ P Craig, 'Proportionality and Judicial Review: A UK Historical Perspective' in *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives*, Hart 2017, p. 145.

⁸ P Craig, 'Proportionality and Judicial Review: A UK Historical Perspective' in *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives*, Hart 2017, p. 145, 146–151.

⁹ *Rooke* (1598) 5 Co Rep 99b.

¹⁰ *Hetley v Boyer* (1614) Cro Jac 336.

¹¹ (1614) Cro Jac 336. Voir, parmi une grande jurisprudence, aussi *Keighley* (1610–11) 10 Co Rep 139a; *R v Commissioners of Sewers in Essex* (1823) 2 Dowling & Ryland 700; *The Queen v Johnson* (1839) 10 Ad & E 740.

¹² P Craig, 'Proportionality and Judicial Review: A UK Historical Perspective' in *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives*, Hart 2017, p. 145, 159.

¹³ *R (Quila) v Secretary of State for the Home Department* [2012] 1 AC 621, § 45 (Lord Wilson).

Royaume-Uni en qualité d'époux ou de partenaire, à la condition que les membres du couple aient tous deux plus de vingt ans.¹⁴

Pour des questions relevant du droit communautaire la Cour suprême appliquera, tout comme le juge anglais plus généralement¹⁵, le principe de proportionnalité ainsi que ce dernier a été développé par la Cour de justice de l'Union européenne¹⁶. Dans une affaire *Lumsdon*¹⁷ lord Reed, qui a rendu l'opinion de la majorité de la Cour Suprême, a affirmé que selon lui, il existait certaines différences subtiles entre l'opération du principe de proportionnalité du droit communautaire et du droit anglais. Tandis que le principe communautaire ne traduit pas, selon l'analyse de lord Reed, les trois temps selon lesquels la mesure en cause doit être adapté, nécessaire, et proportionné aux objectifs poursuivis, le principe de proportionnalité découlant de la common law exige, lui, de manière à la fois structurée et péremptoire, que la mesure soit conforme aux tout trois temps par lesquels se décline le principe.

Ainsi, dans une jurisprudence *Bank Mellat (No 2)*, concernant des protections de propriété dans le domaine de la sécurité nationale, au pied non de la CEDH mais de la common law.¹⁸ L'affaire opposait une banque iranienne au Ministère de l'économie et des finances, ce dernier ayant décrété que, par raison de la relation putative entre la banque et le programme nucléaire iranien, c'est-à-dire des relations extérieures, nul ne pouvait dans le secteur financier britannique entrer en relation quelle qu'elle soit avec la Bank Mellat. Par tradition, le droit à la protection de propriété était le droit le moins sauvegardé, autant le CEDH¹⁹ que part la common law.²⁰ Néanmoins le contrôle qu'a effectué la Cour suprême était hardi, lord Sumption, pour la majorité de la Cour, explique en effet que, comme pour d'autres droit fondamentaux, la mesure en question devait se conformer au principe de proportionnalité, appliqué en trois temps. Bien qu'il s'agît du droit normalement le moins protégé, et que le contrôle qu'exerce le juge sur les mesure du pouvoir régali en matière

¹⁴ B. Stirn, *Vers un droit public européen*, 2ème éd, LGDJ 2015, p. 96–97.

¹⁵ *R (Sinclair Collis Ltd) v Secretary of State for Health* [2011] EWCA Civ 437, [2012] QB 394.

¹⁶ Affaire 11–70 *Internationale Handelsgesellschaft* ECLI:EU:C:1970:114; affaire 217/99 *Commission v Belgium* ECLI:EU:C:2000:355 paragraphe 35; affaire 182/84 *Miro* ECLI:EU:C:1985:470 § 14.

¹⁷ *R. (on the application of Lumsdon and others) v Legal Services Board* [2015] UKSC 41; [2015] 3 W.L.R. 121.

¹⁸ Voir T. Poole, *Reason of State: Law, Prerogative and Empire*, Cambridge 2015, p. 275–285.

¹⁹ Alain Pellet, "Notes sur la 'fragmentation' du droit international: droit des investissements internationaux et droit de l'homme" in *Unité et diversité du droit international*, La Haye 2014, p. 777–778; *Bank for International Settlements – Partial Dispute with Former Shareholders* (sentence partielle) R.S.A. vol. 23, p. 153, 231, § 168.

²⁰ *R. (Reprotech (Pebsham) Ltd.) v East Sussex C.C.* [2002] UKHL 8; [2003] 1 W.L.R. 348, § 34; *R. (Alconbury Developments Ltd.) v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2001] UKHL 23; [2003] 2 A.C. 295.

des relations extérieures soit traditionnellement relativement légère,²¹ la Cour suprême a décidé que la mesure en question était disproportionnée, le soupçon de discrimination envers la banque iranienne la rendant « disproportionnée car discriminatoire sans justification objective » (« *disproportionate by reason of its being discriminatory in some respect that is incapable of objective justification* »)²². Ce contrôle de proportionnalité fut exercé sur la base de la common law ; il s'agit, comme l'expliquait lord Sumption dans une affaire subséquente *Pham*, de « *proportionality at common law* ».²³ Pour des affaires ne relevant pas de droits fondamentaux l'application d'un principe de proportionnalité reste à définir.²⁴

Dans le domaine des droits fondamentaux, le développement prétorien de ce principe de la common law de proportionnalité – « *proportionality at common law* » – apparaît comme l'un des outils les plus importants dans le contrôle qu'exerce la Cour suprême. Ceci transparaît notamment dans le contrôle croissant des actes du gouvernement.

ii. Contrôle du pouvoir régalién : les actes de gouvernement

Comme se le demandait Prosper Weil dans un article classique sur la doctrine des actes de gouvernement, *Act of State* en langue anglaise, citée par lord Sumption dans une affaire récente *Belhaj v Sir Jack Straw*²⁵, « [l]orsqu'un tribunal national est conduit, au cours de l'examen au fond d'un litige dont il est compétemment saisi, à faire application de l'acte d'un Etat étranger, le droit international lui confère-t-il juridiction pour examiner si cet acte est conforme au droit international et, dans le cas de la négative, pour en écarter l'application²⁶ ? S'ajoute, comme le remarquait le même auteur, aussi des considérations d'ordre constitutionnel : « c'est dans l'ordre constitutionnel que la théorie de l'*Act of State* trouve sa source la plus directe : non pas certes dans la Constitution elle-même, mais du moins dans des préoccupations de caractère constitutionnel, à savoir le souci des tribunaux

²¹ *R. (Lord Carlile of Berriew Q.C. and Others) v Secretary of State for the Home Department* [2014] UKSC 60; [2014] 3 W.L.R. 1404, §§ 31–34 (Lord Sumption).

²² *Bank Mellat (No 2)* [2013] UKSC 39; [2014] A.C. 700, § 132.

²³ *Pham v Secretary of State for the Home Department* [2015] UKSC; [2015] 1 W.L.R. 1591 § 107. V. aussi *DQ (Chile) & Another v Secretary of State for the Home Department* [2010] EWCA 1416 (Admin) (Sedley LJ), §§ 11–36.

²⁴ Voir *Keyu v Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs* [2015] UKSC 69; [2015] 3 W.L.R. 1665; P. Craig, *Administrative Law*, Londres 2016, ch. 21.

²⁵ *Belhaj and Another v Sir Jack Straw & Rahmatullah (No 1) v Ministry of Defence and Another* [2017] UKSC 3 ; [2017] 2 WLR 456, § 200.

²⁶ P. Weil, « Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité internationale des actes des états étrangers » (1977) 23 AFDI 9.

de ne pas gêner, par des appréciations portées sur la régularité des actes des Gouvernements étrangers, les relations de l'Exécutif avec ces mêmes Gouvernements²⁷ ». L'affaire *Belhaj v Sir Jack Straw* concernait un dissident libyen, torturé en 2004 par les services de sécurité libyenne ainsi que par la CIA, qui accuse le MI6 d'avoir aidé, sous l'égide du secrétaire d'Etat aux Affaires étrangères d'alors Jack Straw, les Etats-Unis à son enlèvement à Bangkok et pour son extradition vers Tripoli. Le gouvernement avait plaidé que la cour n'était pas compétente pour statuer sur la légalité ou non des actes sans aussi statuer sur la responsabilité internationale des puissances étrangères. Le gouvernement avait fait référence au principe célèbre du droit international public dit *principe de l'Or monétaire*²⁸, selon lequel si les intérêts juridiques d'une puissance étrangère « seraient non seulement touchés par une décision, mais constitueraient l'objet même de ladite décisions » une cour internationale ne peut pas trancher le litige sans le consentement de cette dernière puissance.²⁹ Le gouvernement avait argué que la doctrine des actes de gouvernement n'était que le reflet à l'échelle nationale de cette doctrine internationale³⁰. Cet argument a été rejeté à l'unanimité par la Cour suprême, aucun Etat étranger n'étant l'objet de la décision en question. La Cour Suprême a jugé qu'en présence d'un acte de gouvernement putatif les questions de juridiction de la cour de céans sont régies par le principe de la séparation des pouvoirs : dans sa conception moderne, la Convention anglaise – « l'édifice constitutionnel le plus souple en existence », selon le mot de A.V. Dicey cité par la Cour dans l'affaire *Miller*³¹ – classe aujourd'hui comme juridique et justiciable toute une série de question alors regardée comme non-justiciable. Comme l'avait dit la Cour suprême dans une affaire *Shergill v. Khaira*³² : il existe des questions non-justiciable ; ces questions le sont car elles relèvent du « *proper province of the executive, as the organ of the state charged with the conduct of foreign relations*³³ ». Le vrai problème était si le juge anglais pouvait ou non se prononcer sur la validité d'un acte pris à l'étranger par un gouvernement étranger – « *certain categories of sovereign act by a foreign state abroad, even if they occur*

²⁷ P. Weil, « Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité internationale des actes des états étrangers » (1977) 23 AFDI 9, 29.

²⁸ Voir généralement R. Kolb, *La Cour internationale de Justice*, Paris, 747–759.

²⁹ *Or monétaire pris à Rome en 1943 (Italie c. France, Royaume-Uni, Etats-Unis d'Amerique)*, CIJ, *Recueil*, 1954, p. 32.

³⁰ Voir pour cette proposition J. Crawford, « International Law and Foreign Sovereigns : Distinguishing Immune Transactions » (1983) 54 *British Yearbook of International Law* p. 75.

³¹ *R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5; [2017] 2 WLR 583, § 40 ; A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8eme éd., Londres 1915, p. 87.

³² *Belhaj and Another v. Sir Jack Straw & Rahmatullah (No 1) v Ministry of Defence and Another* [2017] UKSC 3 ; [2017] 2 WLR 456, § 149.

³³ *Shergill v. Khaira* [2014] UKSC 33; [2015] AC 359, § 40.

*outside the foreign state's jurisdiction*³⁴ ». En pareil cas, des considérations de séparation des pouvoirs et de nature souveraine de l'Etat étranger peuvent, en principe, mener à la conclusion que la question serait non justiciable entre les mains du juge anglais ; pourtant la décision du juge doit être influencée par « *the extent to which fundamental rights of liberty, access to justice and freedom from torture are engaged by the issues raised* ».³⁵

Selon lord Mance la nature extrêmement grave des faits allégués devant la cour était donc déterminante pour répondre à la question qu'avait à trancher la Cour suprême. La doctrine des actes de gouvernement dont il s'agissait ici était, tout naturellement, un principe de droit anglais interne : ses limites sont donc une fonction du droit anglais.³⁶ Le droit anglais a depuis longtemps reconnue l'existence des droit fondamentaux, certains d'entre eux anciens, d'autres plus modernes, dont les plus anciens et fondamentaux trouvent leur expression dans la Grande Charte de 1225, article 29³⁷, et la prohibition en droit anglais de la torture³⁸.

On peut voir là le couronnement du développement, dont les débuts étaient bien décrits, dès 1933, par Hersch Lauterpacht dans le contexte justement des relations extérieures : « *the doctrine of separation of powers is being in practice reduced to its proper proportions* ». Ces propos trouvaient un écho dans les mots de lord Sumption, ce dernier expliquant, en 2012, que l'on assiste à l'avancement de la « *qualified division of powers theory*³⁹ ». Avec sa décision dans l'affaire *Belhaj* la Cour suprême a décidé que, tout comme l'édifice constitutionnel qui est souple,⁴⁰ la séparation des pouvoirs l'est aussi. Vecteur de la constitution non-écrite, cette séparation des pouvoir se développe sous l'autorité prétorienne de la Cour suprême. La jurisprudence *Belhaj* se prémunit d'une situation dans laquelle l'exécutif pourrait, sans texte législatif clair, dicter au juge : comme l'expliquait lord Neuberger, Président de la Cour suprême : « *If a member of the executive was to say formally to a court that the judicial determination of an issue raised in certain legal*

³⁴ *Belhaj and Another v. Sir Jack Straw & Rahmatullah (No 1) v Ministry of Defence and Another* [2017] UKSC 3 ; [2017] 2 WLR 456, § 11 (lord Mance).

³⁵ *Belhaj and Another v. Sir Jack Straw & Rahmatullah (No 1) v Ministry of Defence and Another* [2017] UKSC 3 ; [2017] 2 WLR 456, §§ 11, 90–95, 98–101 (lord Mance).

³⁶ *Belhaj and Another v. Sir Jack Straw & Rahmatullah (No 1) v Ministry of Defence and Another* [2017] UKSC 3 ; [2017] 2 WLR 456, § 98 (lord Mance).

³⁷ *A v. Secretary of State for the Home Department* (« *Belmarsh* ») [2004] UKHL 56; [2005] 2 AC 68.

³⁸ *A v. Secretary of State for the Home Department (No 2)* [2005] UKHL 71; [2006] 2 AC 221, § 11 (lord Bingham).

³⁹ Lord Sumption, 14 mai 2012, London School of Economics, « Foreign Affairs in the English Courts since 9/11 », p. 8.

⁴⁰ *R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5; [2017] 2 WLR 583, § 40 ; A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8eme éd., Londres 1915, p. 87.

*proceedings could embarrass the Government's relations with another state, I do not consider that the court could be bound to refuse to determine that issue. That would involve the executive dictating to the judiciary, which would be quite unacceptable at least in the absence of clear legislative sanction*⁴¹ ». La question de la sanction législative claire est devenue une vraie pierre angulaire de l'autre thème de la constitutionnalisation du rôle de la Cour suprême : le contrôle judiciaire de l'action législative.

A. Le contrôle judiciaire du législateur

Tandis que. Si, dans la période après-guerre, le juge anglais n'a pas hésité à construire une jurisprudence hardie afin de contrôler le pouvoir croissant de l'exécutif, le contrôle de l'action législative a été marqué, tout naturellement, par une réticence fondée sur l'idée clef de la constitution anglaise de la souveraineté du Parlement.⁴² Cette idée clef a été soulignée par la Cour suprême, qui a affirmé, dans une décision *Public Law*⁴³, que « *it is not open to a court to challenge or to refuse to apply a statute, save to the extent that Parliament authorises or requires a court to do so* ». Comme nous le verrons, des considérations similaires ont aussi été déterminantes dans l'importante affaire *HS2*.⁴⁴

Chimiste de formation – à l'instar d'ailleurs de cet autre grand arbitre du droit constitutionnel lord Diplock – le Président de la Cour suprême depuis 2012 lord Neuberger, s'est imposé en habile alchimiste de la fluidité de la convention non-écrite. S'il a, dans des affaires constitutionnelles épineuses comme *HS2*⁴⁵, *Evans*⁴⁶ et *Miller*⁴⁷, dans lesquelles il rendait l'opinion de la majorité de la Cour suprême, trouvé un équilibre constitutionnel, c'est qu'il a su, avec et sa Cour, conjuguer des *principes fondamentaux* de la constitution. Cette conjugaison des principes tourne essentiellement autour de deux thèmes, que nous retrouvons dans nombres de décisions récente de la Cour suprême : le principe de légalité (i), dont la jurisprudence *Ex p Simms*⁴⁸, développée par la Cour suprême dans l'affaire *Evans*⁴⁹, est l'exemple le plus frappant ; et (ii) le contrôle constitutionnel qualifié de

⁴¹ *Belhaj and Another v. Sir Jack Straw & Rahmatullah (No 1) v Ministry of Defence and Another* [2017] UKSC 3 ; [2017] 2 WLR 456, § 51.

⁴² A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8ème éd., Londres 1915.

⁴³ *R (The Public Law Project) v. Lord Chancellor* [2016] AC 1531, §§ 20 et 25.

⁴⁴ *R (HS2 Action Alliance Ltd) v. The Secretary of State for Transport* [2014] 1 WLR 324.

⁴⁵ *R (HS2 Action Alliance Ltd) v. The Secretary of State for Transport* [2014] 1 WLR 324.

⁴⁶ *R. (Evans) v. Attorney General* [2015] UKSC 21; [2015] AC 1787.

⁴⁷ *R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5; [2017] 2 WLR 583.

⁴⁸ *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex p Simms* [2000] 2 AC 115, 131.

⁴⁹ *R. (Evans) v. Attorney General* [2015] UKSC 21; [2015] AC 1787.

« structurel » (« *structural constitutional review* »)⁵⁰, catégorie exemplifiée par l'affaire *Miller*⁵¹.

i. Le principe de légalité

Connu par la common law depuis l'époque de sir Edward Coke, qui affirmait dans son *Institutes of the Laws of England* que « *a statute made in the affirmative, without any negative expressed or implied, does not take away the common law* »⁵², le principe de légalité est devenu pour la Cour suprême le levier le plus important pour le bon fonctionnement de la constitution anglaise. Le principe a été formulé de manière emblématique dans le jugement de lord Hoffmann dans l'affaire *ex p Simms* : « *the principle of legality means that Parliament must squarely confront what it is doing and accept the political cost* » ; « *[f]undamental rights cannot be overridden by general ... words* » dans la loi « *because there is too great a risk that the full implications of their unqualified meaning may have passed unnoticed in the democratic process* ».⁵³ Ainsi, en l'absence d'une formulation expresse ou d'une implication nécessaire à l'effet contraire le juge présumera « *that even the most general words were intended to be subject to the basic rights of the individual* »⁵⁴. Comme l'a expliqué sir John Laws, les droits fondamentaux sauvegardés par la common law ne peuvent être abrogés par la loi sauf par une formulation tout à fait claire – *crystal clear* – ne laissant aucune place au doute quant à l'intention législative⁵⁵.

Cette jurisprudence, fondée comme l'on a vu sur un principe qui va au-delà de la protection des droits fondamentaux, a été développée aussi dans des affaires concernant des principes fondateurs de la constitution anglaise, ou, pour le dire autrement, le droit constitutionnel au sens large. Dès 1969, dans une affaire *Anisminic*⁵⁶, la Chambre des Lords avait jugé que, pour que les détermination de la Foreign Compensation Commission soient protégées d'une règle de non-recours, il fallait que la loi fût tout à fait claire : si l'intention eut été d'empêcher tout contrôle juridictionnel, comme le disait lord Reid dans un jugement alors classique, « *I would have expected to find something much more specific than the bald statement that a determination shall not be called in question in any court of law* »⁵⁷. Dans

⁵⁰ P. Craig, « Miller, Structural Constitutional Review and the Limits of Prerogative Power » [2017] Public Law, à paraître.

⁵¹ *R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5; [2017] 2 WLR 583.

⁵² E. Coke, *Institutes of the Laws of England*, 17^{ème} éd., Londres 1817, p. 200. Voir aussi *R. (Rottman) v Commissioner of Police for the Metropolis* [2002] UKHL 20 ; [2002] 2 AC 692, § 75 (lord Hutton)

⁵³ *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex p Simms* [2000] 2 AC 115, 131.

⁵⁴ *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex p Simms* [2000] 2 AC 115, 131.

⁵⁵ J. Laws, « Constitutional Guarantees » (2008) 29 Statute Law Review 1, 8.

⁵⁶ *Anisminic Ltd v. Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147. Voir aussi *R v. Cheltenham Commissioners* (1841) 1 QB 467, 474 (Lord Denny CJ).

⁵⁷ *Anisminic Ltd v. Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147, 170.

une affaire *Hoffman-La Roche* lord Diplock jugeait qu'il y aura des interprétations contre lesquelles « *the courts will lean very heavily* »⁵⁸. L'affaire plus récente d'*Evans*⁵⁹ est dans la lignée de cette jurisprudence, renforcée peut-être par *Ex p Simms* et l'accent plus important qu'a mis le juge sur l'importance de la légalité dans les décennies qui ont découlées depuis *Anisminic*.

Ainsi, à l'instar de la Chambre des Lords en *Anisminic*, la Cour suprême dans l'affaire *Evans* a protégé, par opération du principe de légalité, un principe de valeur constitutionnelle, en l'occurrence le principe constitutionnel selon lequel l'Exécutif ne peut rejeter une détermination juridictionnelle. Si la loi dispose, comme c'était le cas avec l'article 53 de la Freedom of Information Act (FOIA) 2000, qu'un membre de l'Exécutif, l'Attorney General en l'occurrence, jouit du pouvoir de renverser, « pour des motifs raisonnables », – « *on reasonable grounds* » – une détermination par un tribunal qualifiée, cette disposition doit être interprétée de manière restrictive. Comme le disait, pour la majorité de la Cour suprême, lord Neuberger, ayant rappelé l'importance en l'espèce de l'affaire *Anisminic*⁶⁰, et en utilisant les mots même d'*ex p Simms* :

« *there is no clear or specific suggestion anywhere in the FOIA 2000 that it is intended that a section 53 certificate should enable a member of the executive to override a judicial decision. Accordingly, it seems to me that this is a case where it has not been made 'crystal clear' that fundamental constitutional principles are intended to be disapplied, and where Parliament has not 'confront[ed] what it is [alleged to have been] doing', but has used 'general or ambiguous words'*⁶¹.

ii. Contrôle constitutionnel « structurel » : *Miller*

Comme l'a expliquée John Bell, dans l'affaire *Miller* la Cour suprême a clairement soutenu que le seul objet de sa décision en l'espèce était de rappeler à l'ordre le Gouvernement afin de lui faire respecter les procédures constitutionnelles, comme le dispose l'article 50 du Traité sur l'Union européenne. Dans ce processus la Constitution servait, explique John Bell, à structurer, par l'opération du logiciel de la constitution, le processus politique, ainsi

⁵⁸ *Hoffman-La Roche & Co Ltd v. Secretary of State for Trade and Industry* [1975] AC 295, 366.

⁵⁹ *R. (Evans) v. Attorney General* [2015] UKSC 21; [2015] AC 1787.

⁶⁰ « *The constitutional importance of the principle that a decision of the executive should be reviewable by the judiciary lay behind the majority judgments in the famous case, Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147, where the House of Lords held that a statutory provision, which provided that any 'determination by the commission' in question 'shall not be called in question in any court of law', did not prevent the court from deciding whether a purported decision of the commission was a nullity, on the ground that the commission had misconstrued a provision defining their jurisdiction » : *R. (Evans) v. Attorney General* [2015] UKSC 21; [2015] AC 1787, § 54.

⁶¹ *R. (Evans) v. Attorney General* [2015] UKSC 21; [2015] AC 1787, § 90.

pour permettant aux influences des administrés une place, aussi bien que pour augmenter la transparence des décisions.⁶²

Bien qu'il y eût, comme l'a montré habilement John Bell⁶³, des opinions divergentes au sein de la Cour suprême en ce que concernait le résultat de l'affaire, il y avait effectivement, au niveau des principes fondateurs, un accord très net entre tous les juges. Deux constatations s'imposent à cet égard. Tout d'abord, comme l'a fait remarquer lord Neuberger : « *The Supreme Court, as the final appeal court, hearing only cases of general public importance, is particularly sensitive to the delicate balance of functions between the branches of the state, particularly given the informality and flexibility of our constitutional arrangements. Parliamentary Sovereignty is undoubtedly the foundational principles of our constitution, and indeed that was reinforced and upheld by the recent decision in Miller, emphasised by both the majority and the minority judgments.* »⁶⁴ En second lieu, la majorité, représentée par l'opinion de lord Neuberger et la minorité, représentée, elle, par l'opinion « forte », comme qualifiée par lord Neuberger⁶⁵ et de lord Reed, ont toute deux faits du principe de légalité la pierre angulaire de leurs opinions⁶⁶. Les principes fondateurs n'étant ainsi pas en question, les différences au sein de la Cour suprême concernaient plutôt ce que Craig a qualifié, dans un ouvrage d'importance, de « *structural constitutional review* », le contrôle dans l'exercice duquel « *the Supreme Court demarcated the respective ambit of legislative and executive power* »⁶⁷.

La Cour suprême a effectivement démarqué les frontières constitutionnelles entre les pouvoirs législatif et exécutif. Deux grands arrêts de l'édifice constitutionnel anglais ont joué un rôle important à cet égard : l'arrêt *Case of Proclamations* de 1611⁶⁸, selon lequel le souverain ne peut, sans l'autorisation de la loi, modifier les droits de ses sujets, et *De Keyser's Hotel*, arrêt selon lequel, en cas de conflit, la loi supplante en vertu de la primauté

⁶² J. Bell, « 'Brexit' et la Cour Suprême du Royaume-Uni » [2017] RFDA, p. x.

⁶³ J. Bell, « 'Brexit' et la Cour Suprême du Royaume-Uni » [2017] RFDA, p. x

⁶⁴ D. Neuberger, « Twenty Years a Judge: Reflections and Refractions », Neill Lecture 2017, Université d'Oxford, le 10 février 2017, § 50.

⁶⁵ *R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5; [2017] 2 WLR 583, § 77 (notant « *the force of Lord Reed's powerful judgment* ») ; voir aussi D. Neuberger, « Twenty Years a Judge: Reflections and Refractions », Neill Lecture 2017, Université d'Oxford, le 10 février 2017, § 31.

⁶⁶ *R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5; [2017] 2 WLR 583, § 87 et 108 (lord Neuberger) et § 194, 197 et 237.

⁶⁷ P. Craig, « Miller, Structural Constitutional Review and the Limits of Prerogative Power » [2017] Public Law, à paraître.

⁶⁸ *Case of Proclamations* (1611) 12 Co. Rep. 74, 75 (« *the King cannot change any part of the common law, nor create any offence by his proclamation, which was not an offence before, without Parliament* »).

du Parlement la prérogative du souverain⁶⁹. Ainsi, si le pouvoir royal pouvait, jouissant de l'imperium souveraine, exproprier sans indemnisation la propriété des citoyens, l'adoption d'une loi interdisant une telle expropriation prive l'exécutif de la jouissance de cette prérogative, cette dernière ayant été abrogée par la loi. C'est l'opération de ces principes que Craig a qualifiée de « *structural constitutional review* », question sur laquelle l'opinion au sein de la Cour suprême se divisait ; la résolution de ces différences conduit à une interrogation des valeurs constitutionnelles servies par ces principes⁷⁰. La jurisprudence *Proclamations* protège directement la souveraineté du Parlement, en prohibant le recours à la prérogative souveraine lorsqu'un tel recours changerait le droit général, tandis que la jurisprudence *De Keyser* protège, par voie indirecte, cette souveraineté, par forclusion, en présence d'une loi, du recours à la prérogative, lorsque l'exécutif veut la contourner en se fondant sur la prérogative.

Comme l'a montré Paul Craig, le contrôle constitutionnel structurel tournait dans l'affaire *Miller* essentiellement autour de deux thèmes, que l'on peut retrouver dans d'autres affaires sous des variantes diverses. Tout d'abord, les raisons normatives pour lesquelles est confiée à l'exécutif la responsabilité de gérer la politique extérieure sont, comme le disait sir William Blackstone des 1765, celles de « *unanimity, strength, and despatch* »⁷¹. Si cela n'était pas le cas, cette responsabilité étant plutôt entre plusieurs mains, « *it would be subject to many wills, if disunited and drawing different ways, create weakness in a government ; and to unite those several wills, and reduce them to one, is a work of more time and delay than the exigencies of state will afford* ».⁷² Pour la minorité autour de lord Reed, « *the value of unanimity, strength and dispatch in the conduct of foreign affairs are as evident in the 21st century as they were in the 18th* »⁷³. Mais l'on peut s'interroger si la décision de commencer le processus visé par l'article 50 de la Traite pour l'Union européenne, peut-être la plus importante dans la politique extérieure depuis 1973, lorsque la Grande Bretagne devenait membre de l'Union européenne, est vraiment une décision exigeant l'unanimité, la force et le dépêche⁷⁴. Ne furent-ils plutôt pas les valeurs importantes celles qui distinguent la démocratie parlementaire, c'est-à-dire l'idée que les

⁶⁹ *Attorney-General v. de Keyser's Royal Hotel* [1920] AC 508.

⁷⁰ P. Craig, « Miller, Structural Constitutional Review and the Limits of Prerogative Power » [2017] Public Law, à paraître.

⁷¹ Sir W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769), Livre I, chapitre 7, « Of the King's Prerogative ».

⁷² Sir W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769), Livre I, chapitre 7, « Of the King's Prerogative ».

⁷³ *R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5; [2017] 2 WLR 583, § 160 (lord Reed).

⁷⁴ P. Craig, « Miller, Structural Constitutional Review and the Limits of Prerogative Power » [2017] Public Law, à paraître.

décisions les plus importantes ne soient pas faites sans l'approbation du Parlement ? En tout état de cause, les questions relevaient de l'expertise des parlementaires autant que des membres de l'exécutif. Il ne saurait trop dire de supposer que cela n'était pas sans importance pour la démarcation des frontières constitutionnelles entre les pouvoirs législatif et exécutif dans l'affaire. Cette impulsion était renforcée par le fait qu'il s'agisse des droits fondamentaux.

Puisque si, deuxièmement, l'on regarde de près l'affaire *De Keyser*, on voit clairement que déjà cette jurisprudence classique les droits fondamentaux jouissaient un rôle principal. Lord Parmoor affirmait en *De Keyser* que le principe constitutionnel était que, lorsque le pouvoir de l'exécutif de nuire aux droits de l'individu a été mis par voie d'action législative sous contrôle parlementaire, l'exécutif ne jouait plus de l'autorité de la prérogative, mais de l'autorité que lui confère la loi, autorité que fut dans l'affaire *De Keyser* circonscrit en faveur des droits fondamentaux du sujet⁷⁵.

Manifestation, d'une part, des valeurs constitutionnels de la démocratie et, de l'autre, et de l'importance de la protection des droits fondamentaux de l'individu, le contrôle constitutionnel structurel a investi la Cour suprême d'un contrôle digne d'une juridiction constitutionnelle. Il n'est cependant pas seulement au niveau des pouvoirs constitutionnel que la Cour suprême a su donner les robes d'une cour constitutionnelle ; cela a été le cas aussi en ce qui concerne l'Europe.

§2 La démarche constitutionnelle envers le droit européen

i. HS2 : « constitutionnaliser le droit constitutionnel⁷⁶ »

Dans une affaire *HS2*⁷⁷, concernant l'articulation entre le droit communautaire et le droit anglais, la Cour suprême s'est montrée hardie, prenant peut-être l'exemple des cours constitutionnelles allemandes and françaises⁷⁸. Dans cette affaire, lord Mance et lord Neuberger, rendant l'opinion de la majorité de la Cour suprême, ont développé l'idée, déjà présente dans la jurisprudence pendant quelques années⁷⁹, des lois constitutionnelles. A la différence des lois ordinaires, les lois constitutionnelles sont immunes de l'abrogation implicite par une loi ultérieure ; cela est possible, sans nuire la souveraineté de la Parlement, par l'opération du principe de légalité, comme il a été développé dans la

⁷⁵ *Attorney General v De Keyser's Royal Hotel* [1920] AC 508, 575; P. Craig, « Miller, Structural Constitutional Review and the Limits of Prerogative Power » [2017] Public Law, à paraître.

⁷⁶ La phrase frappante est celle de Paul Craig: « Constitutionalising Constitutional Law : *HS2* » [2014] Public Law 373.

⁷⁷ *R (HS2 Action Alliance Ltd) v. The Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3; [2014] 1 WLR 324.

⁷⁸ Conseil constitutionnel, décision 2006-540 de 27 juillet 2006;

⁷⁹ *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin.), [2003] QB 151 (Divisional Court).

jurisprudence *Ex p Simms*⁸⁰. Si ce principe avait été développé, par lord justice Laws, dans une affaire *Thoburn* de 2002, il a reçu l'imprimatur de la Haute Juridiction en *HS2*, cette dernière donnant suite à l'application du principe non seulement aux lois mais aussi aux principes de la common law. Sont des instruments constitutionnels la Grande Charte, le Petition of Right 1628, the Bill of Rights 1689 (en Ecosse, la Claim of Right Act), l'Act of Settlement 1701, l'Act of Union 1707, la European Communities Act 1972, la Human Rights Act 1998 et la Constitutional Reform Act 2005 ; en plus la common law accorde à certains principes fondamentaux pour le bon fonctionnement du principe de la primauté de la loi ce statut. Nous sommes là en présence d'une véritable hiérarchie des normes, non pas dans la tradition d'une constitution écrite, comme le concevait Hans Kelsen⁸¹, mais aux caractéristiques de la common law. Tout comme dans un système doté d'une constitution écrite, le droit constitutionnel anglais accorde dans l'articulation des normes constitutionnelles un rôle particulier au juge.

Ainsi, dans l'affaire *HS2* la Cour suprême se montrait prête de concevoir des situations dans lesquelles une norme constitutionnelle en serait en conflit avec une autre. Il était, jugeait lord Mance et lord Neuberger dans un paragraphe important, « *certainly arguable (and it is for United Kingdom law and courts to determine) that there may be fundamental principles, whether contained in other constitutional instruments or recognised at common law, of which Parliament when it enacted the European Communities Act 1972 did not either contemplate or authorise the abrogation*⁸² ». C'est dire que même une loi constitutionnelle est à articuler avec des autres lois et principes faisant parti de l'édifice de la constitution, sous contrôle de la Cour suprême, exerçant rien autre d'un contrôle constitutionnel des normes constitutionnelles.

ii. La marge d'appréciation de la CEDH en droit interne

S'y ajoute autre aspect de l'application du droit européen révélateur du rôle constitutionnel que joue la Cour suprême : l'articulation, au niveau du droit interne, des droits de la Convention européenne des droits de l'homme. Ces droits, ou certains d'entre eux, ont été incorporés en droit anglais, système dualiste au niveau du droit conventionnel (la situation étant une autre en ce qui concerne le droit international général⁸³), par voie de la Human

⁸⁰ *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex p Simms* [2000] 2 AC 115, 131 (lord Hoffmann).

⁸¹ H. Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Oxford 2002.

⁸² *R (HS2 Action Alliance Ltd) v. The Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3; [2014] 1 WLR 324, 207, § 207.

⁸³ *Keyu v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Another* [2015] UKSC 69; [2015] 3 WLR 1665, § 150 (lord Mance); *Belhaj and Another v Sir Jack Straw & Rahmatullah (No 1) v Ministry of Defence and Another* [2017] UKSC 3 ; [2017] 2 WLR 456, § 252 (lord Sumption).

Rights Act 1998. Cette loi a créé en droit anglais des droits fondamentaux reflétant au niveau interne ceux de la CEDH⁸⁴. Comme l'expliquait lord Hoffmann dans une affaire *In re G* de 2008 : « *'Convention rights' within the meaning of the 1998 Act are domestic and not international rights. They are applicable in the domestic law of the United Kingdom and it is the duty of the courts to interpret them like any other statute. When section 6(1) [of the Human Rights Act] says that it is unlawful for a public authority to act incompatibly with Convention rights, that means the domestic rights set out in the Schedule to the Act and reproducing the language of the international Convention*⁸⁵ ». Cela est important pour le rôle que jouent les autorités nationales dans l'application interne des droits.

La Cour européenne a toujours été d'avis que sa doctrine de la marge d'appréciation est une doctrine applicable par la Cour et non pas par les autorités, dont les juridictions, nationales. Comme le disait la Grande Chambre de la Cour dans l'affaire *A et autres c. Royaume Uni*, qui concernait la proportionnalité d'une dérogation britannique putative et l'article 5 de la Convention : « La théorie de la marge d'appréciation est depuis toujours perçue comme un moyen de définir les rapports entre les autorités internes et la Cour. Cette théorie ne trouve pas à s'appliquer de la même manière aux rapports entre les organes de l'Etat au niveau interne. Comme l'a indiqué la Chambre des lords, la question de la proportionnalité relève en dernière instance du domaine judiciaire, particulièrement lorsque, comme en l'espèce, des justiciables ont subi une longue privation de leur droit fondamental à la liberté. En tout état de cause, compte tenu du soin apporté par les *Law Lords* à l'examen des questions qui se posaient dans la présente affaire, on ne saurait leur reprocher de ne pas avoir accordé à l'opinion de l'exécutif et du Parlement le poids qu'elle méritait.⁸⁶ »

A l'instar de cette jurisprudence, le juge anglais a affirmé que le concept de la marge d'appréciation « *is not available to the national courts when they are considering Convention issues arising within their own countries*⁸⁷ ». L'envergure de cette approche est développée par la Cour suprême dans une affaire *Nicklinson*⁸⁸, qui concernait l'euthanasie⁸⁹. Lord Neuberger, qui rendait l'opinion de la majorité de la Cour suprême, jugeait que,

⁸⁴ E. Bjorge, *Domestic Application of the ECHR: Courts as Faithful Trustees*, Oxford 2015, p. 108.

⁸⁵ *Re G (Adoption: Unmarried Couple)* [2008] UKHL 38; [2009] 1 AC 173, § 33. Voir aussi *R v. Lyons* [2002] UKHL 44; [2003] 1 AC 976, § 27 (Lord Hoffmann); *Re McKerr* [2004] UKHL 12; [2004] 1 WLR 807, § 25 (lord Birkenhead).

⁸⁶ *A et autres c. Royaume Uni*, No. 3455/05, 19 février 2009, § 184.

⁸⁷ *AXA General Insurance Ltd* [2011] UKSC 46; [2012] 1 AC 868, § 32 (lord Hope).

⁸⁸ *R. (Nicklinson) v. Ministry of Justice* [2014] UKSC 38; [2014] WLR 298.

⁸⁹ L'affaire est très similaire à l'affaire *Lambert*, 24 juin 2014, *Mme Rachel Lambert, M Francois Lambert & Centre hospitalier universitaire de Reims*: E. Bjorge, *Domestic Application of the ECHR: Courts as Faithful Trustees*, Oxford 2015, p. 29–30.

comme la Cour européenne avait en pareil case accordées aux autorités nationales une marge d'appréciation, il était aux Etats membres à déterminer si leur droit interne sur l'euthanasie heurtait ou non à l'article 8 de la CEDH sur la vie privé⁹⁰. Dans ce cas-là, poursuit lord Neuberger, il est, en conformité avec le principe de la séparation des pouvoirs de la constitution anglaise, aux autorités anglaises de décider si le droit fondamental a été nuit de manière disproportionnelle ou non. Ainsi le système de la Human Rights Act que le principe de la subsidiarité « *require UK judges ultimately to form their own view as to whether or not there is an infringement of Convention rights for domestic purposes*⁹¹ ». La question de l'euthanasie était, en Angleterre, une question morale relevant des différences d'opinion, la majorité de la Cour suprême a jugé que la détermination n'était pas, selon le principe de la séparation des pouvoir, pour le juge mais pour le Parlement. Comme l'a dit lord Neuberger dans un autre contexte, sous la séparation des pouvoirs, « *the precise role of the judge may itself be determinative of questions judges have to decide*⁹² ». Ainsi, l'opération du principe de la séparation des pouvoirs a conduit à l'abstention de la Cour, la détermination étant de sa nature pour le Parlement.

Si l'on regarde de près le contrôle constitutionnel que mène la Cour suprême avec les deux autres pouvoirs ou la jurisprudence de la Cour suprême vis-à-vis du droit européen, on aperçoit que le rôle que joue cette juridiction en droit anglais est empreint clairement par la justice constitutionnelle. La jurisprudence qu'a développé et le rôle que joue la Cour suprême sont entièrement fondés sur ceux de la Comité d'Appel de la Chambre des lords. Depuis lors, cette Cour suprême qu'a créée la Constitutional Reform Act 2005 nous ne paraît ni tout à fait la même, ni tout à fait une autre. A juste titre, dans une société où le pouvoir de l'exécutif ne cesse de croître, le rôle constitutionnel de la Cour suprême, lui, aussi a crû. Si l'on n'est pas en droit d'affirmer que les membres de la haute juridiction ont voulu voir croître son rôle constitutionnel, l'analyse que nous venons de faire de sa jurisprudence donne quelque consistance à cette hypothèse.

⁹⁰ *R. (Nicklinson) v. Ministry of Justice* [2014] UKSC 38; [2014] WLR 298, § 148 (lord Neuberger).

⁹¹ *R. (Nicklinson) v. Ministry of Justice* [2014] UKSC 38; [2014] WLR 298, § 74 (lord Neuberger).

⁹² D. Neuberger, « Judge not that ye may not be judged », F.A. Mann lecture, 29 janvier 2015, § 53.